

ALESSANDRO TORRONI

IL D.LGS. N. 122 DEL 2005
LETTO CON LALENTE DEL COSTRUTTORE (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Gli obblighi del costruttore in relazione ai diversi stadi dell'operazione immobiliare. — 3. Obbligazione garantita e svicolo della fideiussione. — 4. Fideiussione progressiva ed a scalare. — 5. Le somme pagate a mezzo di mutuo bancario ed esclusione della garanzia. - 5.1. La suddivisione del finanziamento in quote ed il frazionamento dell'ipoteca. — 6. Come «concludere l'affare» in caso di temporanea indisponibilità della fideiussione. — 7. Casi particolari. - 7.1. La rinuncia del costruttore a ricevere acconti prima del trasferimento della proprietà e la «tutela del costruttore». - 7.2. La rinuncia dell'acquirente alla fideiussione. - 7.3. L'acquirente persona fisica che agisce nell'esercizio d'impresa. - 7.4. Soluzioni potenzialmente «elusive». - 7.4.1. Il contratto per sé o per persona da nominare e la cessione del contratto. - 7.4.2. La vendita dell'immobile al «rustico» e successivo appalto per le finiture. — 8. La commerciabilità dell'immobile prima della richiesta del permesso di costruire.

1. *Premessa.*

Com'è noto, il D.Lgs. 10 giugno 2005, n. 122 in esecuzione della delega contenuta nella L. 2 agosto 2004, n. 210, appresta un'articolata tutela a favore degli acquirenti di immobili da costruire.

La disciplina in esame «si colloca sul crinale di un ideale spartiacque fra la normativa a tutela della corretta circolazione del bene immobile e la legislazione protettiva degli interessi di soggetti considerati istituzionalmente più deboli» (1).

In questa sede cercheremo di leggere il decreto n. 122 «con la lente del costruttore» esaminando alcune soluzioni operative prospettabili in materia di garanzia fideiussoria di cui agli artt. 2 e 3 del decreto, sulla scorta

(*) Lo scritto riproduce, con l'aggiunta delle note e dei riferimenti bibliografici, il testo della relazione tenuta all'incontro di studio svoltosi a Cortina il 16 febbraio 2006 sul tema: «Le prime esperienze applicative del D.Lgs. n. 122 del 2005 in tema di tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire tra prescrizioni del legislatore ed esigenze del mercato».

(1) F. MACARIO, *Il contenuto della garanzia fideiussoria ex D.Lgs. n. 122 del 2005 e le conseguenze della sua incompletezza ed erroneità*, in *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazioni del D.Lgs. n. 122 del 2005 e prospettive*, Atti del Convegno organizzato dalla Fondazione Italiana per il Notariato tenutosi a Roma il 20-21 gennaio 2006, 124.

anche delle prime interpretazioni dei commentatori che si sono cimentati con questa normativa, che non è certamente un modello di chiarezza e precisione. Quindi, cercheremo di valutare alcune soluzioni pratiche che si collocano sul «confine» sfruttando evidenti «smagliature» della normativa e che potrebbero in concreto divenire soluzioni «potenzialmente elusive» della disciplina di tutela dell'acquirente, fattispecie per le quali sembra fondamentale la funzione notarile di adeguamento della volontà delle parti al fine di evitare soluzioni in frode alla legge.

2. *Gli obblighi del costruttore in relazione ai diversi stadi dell'operazione immobiliare.*

Prima di addentrarci nell'esame dei problemi segnalati, può essere utile cercare di mettere in ordine logico e temporale gli obblighi del costruttore, quali emergono dal decreto n. 122, *in relazione ai diversi stadi dell'operazione immobiliare*:

i) la richiesta del permesso di costruire o altro provvedimento abilitativo segna *l'ingresso dell'operazione nell'ambito di applicazione del decreto n. 122* (vedi: art. 1, lett. d); art. 5);

ii) la conclusione di un contratto (preliminare o definitivo ad effetti differiti) avente come finalità il *trasferimento non immediato di un immobile da costruire* oppure, per le società cooperative, *il versamento di somme o l'assunzione di obbligazioni* con la cooperativa finalizzate alla successiva assegnazione dell'alloggio, *fa sorgere l'obbligo di consegnare all'acquirente la fideiussione*;

iii) dall'ultimazione dei lavori decorre *l'effetto della polizza assicurativa indennitaria decennale* di cui all'art. 4;

iv) *con il trasferimento della proprietà* — che può avvenire ad esempio al momento della stipula del contratto definitivo di compravendita dell'immobile già venuto ad esistenza oppure, in caso di vendita o permuta di cosa futura, successivamente alla conclusione del contratto, «non appena la cosa viene ad esistenza» (art. 1472 c.c.) oppure con l'atto definitivo di assegnazione dalla cooperativa —:

a) *cessa l'efficacia della fideiussione*;

b) *deve essere consegnata all'acquirente la polizza assicurativa indennitaria decennale*;

v) al momento in cui la costruzione risulti ultimata, versando in

stadio tale da consentire la richiesta del certificato di agibilità (2), *cessa di applicarsi l'art. 6 del decreto che disciplina dettagliatamente il contenuto del contratto e gli allegati obbligatori.*

L'analisi delle indicazioni che devono essere contenute nel contratto e in particolare: (i) le caratteristiche tecniche della costruzione, con particolare riferimento alla struttura portante, alle fondazioni, alle tamponature, ai solai, alla copertura, agli infissi ed agli impianti, (ii) i termini massimi di esecuzione della costruzione; nonché dei documenti che devono essere allegati: (iii) il capitolato e (iv) gli elaborati del progetto o l'ultima variazione al progetto originario, porta a privilegiare un'interpretazione rigorosa che ritenga necessaria l'osservanza delle disposizioni dell'art. 6, *nei limiti della compatibilità*, anche in caso di vendita che trasferisca con effetti reali immediati la proprietà o altro diritto reale dell'immobile *non ultimato*.

In altri termini, finché residua un'obbligazione del costruttore-venditore *di completamento dell'immobile* non può non trovare applicazione l'art. 6 che disciplina dettagliatamente il contenuto del contratto (3) (4).

Si tenga presente, al riguardo, che, secondo la giurisprudenza, nella vendita di cosa futura *l'effetto traslativo si verifica nel momento in cui il bene è venuto ad esistenza nella sua completezza*, restando irrilevante soltanto la mancanza di rifiniture o di qualche accessorio non indispensabile alla sua utilizzazione (5).

Questa conclusione mi sembra che sia confermata dall'art. 1 del decreto n. 122, lett. a) e b), che nel dare la definizione di acquirente indica anche «la persona fisica... che acquisti un *immobile da costruire*» e nel dare la definizione di costruttore indica «l'imprenditore o la cooperativa edilizia... che vendano un *immobile da costruire*». Per immobile da costruire, ai sensi dell'art. 1, lett. d), si intende l'immobile la cui costruzione non risulti

(2) Ai sensi dell'art. 25 del D.P.R. n. 380 del 2001 (T.U. dell'Edilizia), il certificato di agibilità deve essere richiesto, una volta completate le opere di finitura, entro il termine perentorio di 15 giorni dal completamento di tali opere.

(3) G. PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire*, Milano, 2005, pp. 58 e 59 propone come possibile questa lettura più estensiva del decreto anche se poi conclude, pur residuando notevoli margini di dubbio, per la probabile inapplicabilità della disciplina dell'art. 6 ai contratti definitivi con effetto traslativo immediato, anche laddove residuino, a seguito della stipula, obbligazioni del venditore per l'ultimazione dei lavori di costruzione.

(4) Al contrario tutta la normativa del decreto n. 122 non trova più applicazione nel caso di promessa di vendita o di vendita dell'immobile dedotto in contratto in una dimensione c.d. «statica», su cui si rinvia a quanto si dirà più avanti nel testo.

(5) Cass. 18 maggio 2001, n. 6851, in *Vita not.*, 2001, p. 829; Cass. 10 marzo 1997, n. 2126, in *Corr. giur.*, 1997, p. 1092; nello stesso senso, in dottrina, BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da Vassalli, Torino, 1972, p. 46.

essere stata ultimata versando in stadio tale da non consentire ancora il rilascio del certificato di agibilità.

Il discorso è diverso per la polizza fideiussoria per la quale l'art. 5, comma 7 stabilisce espressamente che l'efficacia della fideiussione cessa al momento del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento sull'immobile o dell'atto definitivo di assegnazione. *Tale termine di efficacia della fideiussione corrisponde all'interesse tutelato dalla garanzia fideiussoria, cioè un «interesse negativo» consistente nel rischio di perdere le somme anticipate al costruttore* (6).

3. *Obbligazione garantita e svincolo della fideiussione.*

Ciò che subito appare evidente dalla lettura del decreto n. 122, e che i primi commentatori hanno bene evidenziato (7), è la *non corrispondenza dell'obbligazione fideiussoria prevista dal decreto rispetto alle obbligazioni del costruttore derivanti dal preliminare di compravendita o dal contratto definitivo ad effetti reali differiti* (vendita di cosa futura, vendita di cosa altrui, vendita con riserva di proprietà, ecc.) (8).

Infatti la fideiussione che, in base all'art. 2 del decreto, deve essere consegnata all'acquirente all'atto della stipula di un contratto che abbia come finalità il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento su un immobile da costruire o di un atto avente le medesime finalità, *non garantisce l'esatto adempimento delle obbligazioni del costruttore, quali ad es. la consegna dell'immobile ultimato a regola d'arte, i danni conseguenti al ritardo nella consegna, ecc.*, ma garantisce esclusivamente la restituzione delle somme e del valore di ogni altro eventuale corrispettivo effettivamente riscossi e dei relativi interessi nel caso in cui il costruttore incorra in una situazione di crisi di cui al comma 1, lett. c), dell'art. 1 (9) (10). Si tratta probabilmente di una scelta

(6) Cfr. G. PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire*, cit., p. 57.

(7) Cfr. F. MACARIO, *op. cit.*, p. 119; G. STAIANO, *Rilascio ed escussione della garanzia fideiussoria*, in *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazioni del D.Lgs. n. 122 del 2005 e prospettive*, Atti del Convegno organizzato dalla Fondazione Italiana per il Notariato tenutosi a Roma il 20-21 gennaio 2006, p. 108.

(8) Ai sensi dell'art. 1476 c.c., il venditore deve (1) consegnare la cosa al compratore; (2) fargli acquistare la proprietà della cosa o il diritto, se l'acquisto non è effetto immediato del contratto; (3) garantire il compratore dall'evizione e dai vizi della cosa. In particolare, è tenuto a garantire, ai sensi dell'art. 1490 c.c., che la cosa sia immune da vizi che la rendano inidonea all'uso a cui è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore.

(9) Ai sensi del comma 2 dell'art. 5 la situazione di crisi si intende verificata in una delle seguenti date: a) di trascrizione del pignoramento relativo all'immobile oggetto del contratto; b) di pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento o del provvedimento

«politica» visto che nel nostro ordinamento è già prevista, in tema di multiproprietà, una fideiussione bancaria o assicurativa a garanzia dell'ultimazione dei lavori di costruzione del bene immobile (cfr. art. 76, comma 2 del codice del consumo approvato con D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206).

In questo aspetto il legislatore non ha seguito l'esperienza francese che conosce una garanzia alternativa *del completamento dell'immobile o del rimborso delle somme versate* in caso di risoluzione del contratto causata dal mancato completamento dei lavori. La garanzia del completamento si sostanzia nel contratto mediante il quale uno degli istituti di credito indicati dalla legge si obbliga a fornire tutti i fondi necessari per il completamento dell'opera secondo il progetto oppure in un contratto di apertura di credito con il quale la banca si impegna ad anticipare al venditore, od a pagare direttamente, le somme necessarie alla costruzione; di tali obbligazioni l'acquirente è legittimato a chiedere l'esecuzione (11). Direi di più: nel dibattito francese *de iure condendo* si è pensato di proporre la soppressione pura e semplice dell'alternativa di prestare la fideiussione per il rimborso delle somme versate al posto della garanzia per il completamento dell'opera in quanto la prima non corrisponde affatto a ciò che si augura l'acquirente che ha contratto per soddisfare l'esigenza di acquistare un determinato alloggio (12).

Coerentemente con questa finalità di tutela minimale dei diritti patrimoniali dell'acquirente, limitata alla restituzione delle somme versate oltre agli interessi, il legislatore ha stabilito che l'efficacia della fideiussione *cessa al momento del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento sull'immobile*, che potrebbe dunque anche non essere ancora

di liquidazione coatta amministrativa: c) di presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo; d) di pubblicazione della sentenza che dichiara lo stato di insolvenza o, se anteriore, del decreto che dispone la liquidazione coatta amministrativa o l'amministrazione straordinaria.

(10) Si consideri che l'acquirente, una volta trovata dopo lunga ricerca l'abitazione che effettivamente cercava, non ottiene certamente soddisfazione da una restituzione delle somme versate in caso di situazione di crisi in cui incorra il venditore. Molto meglio sarebbe stata una polizza fideiussoria che garantisse il completamento dell'immobile come nel sistema francese (vedi *infra*). Inoltre, stante l'andamento del mercato immobiliare dell'ultimo decennio contrassegnato da continui rialzi dei prezzi, probabilmente la restituzione della stessa somma anticipata al costruttore non consentirà all'acquirente di acquistare, in alternativa, un bene immobile delle stesse caratteristiche tipologiche e di finitura, rispetto all'acquisto sfumato per la situazione di crisi del venditore.

(11) Cfr. G. ARICO, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire in Francia*, in *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazioni del D.Lgs. n. 122 del 2005 e prospettive*, Atti del Convegno organizzato dalla Fondazione Italiana per il Notariato tenutosi a Roma il 20-21 gennaio 2006, p. 185 ss.

(12) Cfr. G. ARICO, *op. cit.*, p. 188.

ultimato versando in stadio tale da non consentire il rilascio del certificato di agibilità.

È evidente che lo svincolo della fideiussione può essere ritardato dall'acquirente in maniera pretestuosa, sollevando eccezioni dilatorie, ad esempio circa la presenza di vizi nell'immobile o di mancata corrispondenza con il capitolato approvato, al fine di ritardare la stipula del contratto definitivo di compravendita e lo svincolo della fideiussione.

Si consideri al riguardo che sono già in corso di realizzazione accordi tra costruttore e banca con cui la seconda mette a disposizione del primo un determinato *plafond* di credito di firma (13) in forza del quale la banca si impegna preventivamente, al ricorrere delle condizioni *ivi* stabilite, quale atto esecutivo dell'accordo in parola, a rilasciare le singole fideiussioni via via richieste dal costruttore nei limiti di un importo massimo cumulativo specificamente garantito. Normalmente l'accordo prevede che la messa a disposizione del credito abbia natura c.d. rotativa e pertanto l'estinzione di una fideiussione prestata dalla banca viene a ripristinare il *plafond* originariamente concordato con il costruttore, consentendo ulteriori utilizzi sempre nell'ambito dell'importo massimo convenuto (14).

Dunque il potenziale pregiudizio economico derivante al costruttore per effetto di comportamenti scorretti dell'acquirente può essere gravissimo.

Ora, contro questo rischio del costruttore «di veder sottoposta l'estinzione della garanzia fideiussoria alla mera volontà dell'acquirente (15)» si possono prevedere tre soluzioni: la prima contenziosa, la seconda e la terza negoziali.

In primo luogo, è stata ipotizzata, per i casi più gravi di pregiudizio definitivo all'attività economica dell'imprenditore, la possibilità per il costruttore — sulla scorta della giurisprudenza formatasi in tema di contratto autonomo di garanzia ed *exceptio doli* — di invocare in via cautelare, ai sensi dell'art. 700 c.p.c. la cessazione dell'efficacia della fideiussione (16). Si tenga presente anche che la garanzia in esame è a tutti

(13) Con l'apertura di credito di firma si individuano le operazioni perfezionate senza esborso diretto di denaro, ma con l'assistenza del prestigio della banca (esplicitato nella sua firma) a garanzia dei propri clienti (cfr. DE MARCHI-PETTOELLO, *I crediti di firma*, Milano, 1981, p. 6).

(14) Cfr. G. STAIANO, *op. cit.*, p. 108 ss.

(15) A. ZOPPINI, *La garanzia fideiussoria vista dall'angolo visuale del costruttore: costi, rischi e problemi*, in *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazioni del D.Lgs. n. 122 del 2005 e prospettive*, Atti del Convegno organizzato dalla Fondazione Italiana per il Notariato tenutosi a Roma il 20-21 gennaio 2006, p. 155.

(16) L'interesse essenziale che la norma tutela è legato al trasferimento del diritto reale; se e quando l'effetto reale può compiutamente realizzarsi, la garanzia non può essere

gli effetti *una fideiussione disciplinata dagli artt. 1936 ss. c.c.*, come può evincersi anche dal fatto che negli artt. 2 e 3 del decreto non vi è traccia di clausole alle quali, nella prassi contrattuale, è attribuito il valore di un'espressa rinuncia del garante a sollevare qualsivoglia eccezione riguardante il rapporto principale (17). *Pertanto risulta applicabile alla fideiussione in esame la disciplina dell'art. 1945 c.c. in tema di eccezioni opponibili dal fideiussore, con l'unica eccezione della preventiva escussione del debitore principale esclusa espressamente dall'art. 3, comma 4 del decreto.*

In secondo luogo, sul diverso piano della regolamentazione contrattuale si è ritenuto possibile che «il contratto preveda che, in relazione a taluni vizi che non hanno rilievo funzionale assorbente, l'acquirente rinunci ad avvalersi dell'eccezione di inadempimento, dovendo tuttavia agire successivamente al perfezionarsi dell'effetto reale» (18).

Riterrei che il rimedio più efficace stia in una clausola compromissaria inserita nel contratto preliminare o nel contratto definitivo ad effetti differiti con cui si preveda la nomina di un arbitro, dotato delle necessarie competenze tecniche, ad esempio nominato dal presidente dell'ordine degli ingegneri o dei geometri, che accerti in maniera irrituale senza particolari formalità di procedura, se l'immobile realizzato corrisponda esattamente a quello dedotto in contratto dalle parti e descritto in particolare nel capitolato e negli elaborati di progetto, necessariamente allegati al contratto *ex art. 6 del decreto.*

4. *Fideiussione progressiva ed a scalare.*

Ai sensi dell'art. 2 del decreto n. 122, la fideiussione deve essere di importo corrispondente alle somme e al valore di ogni altro eventuale corrispettivo che il costruttore ha riscosso e, secondo i termini e le modalità stabilite nel contratto, deve ancora riscuotere dall'acquirente prima del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento.

È pacificamente riconosciuto in dottrina che la fideiussione deve essere predisposta fin dall'origine in modo tale da coprire tutti gli esborsi previsti

invocata per tutelare altri e diversi interessi dell'acquirente, che debbono essere affidati alle normali azioni e che non necessitano una tutela intensa e assorbente come quella garantita dalla fideiussione (cfr. A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 136).

(17) Cfr. CASARANO, *L'obbligo del costruttore di prestare fideiussione relativamente alle somme anticipate dal promissario acquirente*, in *Il trasferimento di immobili da costruire*, Atti del Convegno organizzato da Paradigma tenutosi a Milano il 14 e 15 aprile 2005, p. 20.

(18) A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 157.

dal regolamento contrattuale fino al momento del trasferimento del diritto reale e che, di contro, non sarebbe conforme a legge il rilascio di tante fideiussioni quanti sono gli acconti versati man mano dall'acquirente. La *ratio* della norma è chiaramente volta a consentire alla «parte debole» del rapporto di ottenere la garanzia nel momento in cui la «parte forte» ha maggior interesse alla contrattazione, cioè nel momento in cui si «conclude l'affare».

Tuttavia sembra assolutamente conforme a legge, anche in considerazione del richiamo all'art. 1958 c.c. relativo alle *fideiussioni prestate per obbligazioni future*, il rilascio di una *fideiussione progressiva ovvero come polizza aperta*, che preveda l'estensione della garanzia in concomitanza con gli acconti stabiliti nel regolamento contrattuale, purché il documento che contiene la fideiussione *esprima l'importo massimo garantito* in misura da coprire tutte le somme e il valore di ogni altro eventuale corrispettivo che il costruttore deve riscuotere dall'acquirente prima del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento (19).

Questa fideiussione progressiva ha lo scopo naturalmente di evitare un inutile aggravio dei costi di polizza che inevitabilmente verrebbero trasferiti sull'acquirente.

Analogamente, in casi particolari, sembra conforme a legge una fideiussione con garanzia a *a scalare* sulla base dello stato di avanzamento lavori.

Così, ad esempio, in caso di permuta c.d. *do ut facias* di porzione di area fabbricabile con l'obbligo per l'acquirente-costruttore di costruire, a sua cura e spese, un fabbricato su altra porzione di area di proprietà dell'alienante. In tal caso, l'acquisto della proprietà del fabbricato in costruzione avviene, per accessione, man mano che lo stesso viene realizzato e quindi l'esposizione economica dell'acquirente si riduce in maniera inversamente proporzionale all'avanzamento dei lavori.

Un'altra ipotesi in cui può essere utilmente sperimentata questa forma di garanzia a scalare è quella in cui le parti convengano in un contratto ad effetti reali differiti, in deroga all'art. 1472 c.c., l'acquisto della proprietà del fabbricato «per gradi», cioè man mano che vengono ultimate determinate parti del fabbricato stesso, ed in corrispondenza degli stati di avanzamento dei lavori viene previsto il pagamento degli acconti.

Si è affermato che ogni qualvolta il contratto ad effetti reali differiti preveda l'acquisto della proprietà in corrispondenza agli «stati di avanzamento dei lavori» la fideiussione può cessare gradualmente di produrre i

(19) Cfr. F. MACARIO, *op. cit.*, p. 122 ss.

propri effetti, man mano che la proprietà delle singole parti dell'opera sia acquistata per accessione dall'acquirente (20).

5. *Le somme pagate a mezzo di mutuo bancario ed esclusione della garanzia.*

Ai sensi dell'art. 2, comma 1, ultima parte del decreto n. 122, sono escluse dalla garanzia fideiussoria le somme per le quali è pattuito che debbano essere erogate da un soggetto mutuante, nonché i contributi pubblici già assistiti da autonoma garanzia. L'interpretazione della presente norma non è agevole.

È evidente che la norma *non si riferisce alle somme erogate successivamente alla stipula del contratto definitivo di compravendita di immobile «venuto ad esistenza»*, visto che la garanzia riguarda le somme da riscuotere prima del trasferimento del diritto reale, e quindi, se questo fosse il significato della norma, la stessa sarebbe praticamente inutile.

Si possono ipotizzare tre ipotesi di finanziamenti stipulati prima del contratto definitivo di compravendita.

La prima ipotesi da considerare è quella del *mutuo contratto dall'acquirente prima della stipula del contratto definitivo fornendo alla banca garanzia ipotecaria su altro immobile di sua proprietà o di proprietà di un terzo datore d'ipoteca.*

Secondo una tesi, che sviluppa un'interpretazione letterale dell'art. 2, comma 1, ultima parte del decreto, *ogni qualvolta vi è l'intervento di un soggetto (l'istituto mutuante) che eroga professionalmente credito* e che, altrettanto professionalmente, è in grado di valutare la rischiosità dell'erogazione e la congruità delle garanzie che l'assistono, «il promissario acquirente riceve un'assistenza «indiretta», nel valutare l'operazione cui egli partecipa (l'acquisto di un bene in corso di costruzione), dalla presenza, «al suo fianco», di un soggetto che, dotato di tutte le capacità necessarie per giudicare compiutamente la situazione, riequilibra quell'asimmetria contrattuale tra costruttore/venditore e acquirente su cui la normativa di tutela in esame si fonda. Allora, ove dunque i pagamenti programmati nel contratto prima del momento di trasferimento della proprietà siano effettuati con somme erogate da un soggetto mutuante, non vi è necessità (art.

(20) Cfr. G. PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire*, cit., p. 141 ss.

2. D.Lgs. n. 122 del 2005) della fideiussione di cui al medesimo art. 2...» (21).

Un'altra impostazione più restrittiva, qualificando le somme erogate dall'istituto mutuante a favore del venditore prima del trasferimento della proprietà come *somme versate direttamente dall'acquirente*, ritiene necessaria anche in questa ipotesi la consegna della fideiussione (22).

La seconda ipotesi è quella di un *mutuo erogato all'acquirente-mutuatario a fronte di garanzia ipotecaria concessa dal costruttore anteriormente al trasferimento del diritto reale*, e quindi in qualità di terzo datore di ipoteca.

Al riguardo è stato osservato che il costruttore, garantendo con la proprietà del bene le somme riscosse, non potrà essere chiamato ad offrire una ulteriore garanzia fideiussoria sulle stesse. Tale ricostruzione sembra condivisa anche dalla *relazione al decreto legislativo* nella quale si desume che il legislatore abbia tenuto in considerazione l'«esposizione» del venditore a fronte di tale concessione di ipoteca esonerandolo dal prestare una doppia garanzia (23).

La terza ed ultima ipotesi da considerare, più interessante nell'ottica del costruttore, è quella del *finanziamento contratto direttamente dal costruttore con garanzia ipotecaria sull'area nuda o sul fabbricato in costruzione ed accollo del mutuo da parte del promissario acquirente* (24).

(21) A. BUSANI, *Negozi rilevanti ai fini dell'applicazione del D.Lgs. n. 122 del 2005 e nuove tecniche per «fermare l'affare»*, in *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazioni del D.Lgs. n. 122 del 2005 e prospettive*, Atti del Convegno organizzato dalla Fondazione Italiana per il Notariato tenutosi a Roma il 20-21 gennaio 2006, p. 52 ss.

(22) PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire*, cit., p. 105; A. PAOLINI e A. RUOTOLO, *Prime considerazioni sul decreto legislativo in tema di tutela degli acquirenti di immobili da costruire o in corso di costruzione*, in *CNN Notizie* del 5 maggio 2005.

(23) Cfr. CASARANO, *op. cit.*, p. 16; A. PAOLINI e A. RUOTOLO, *op. cit.* Contra G. PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire*, cit., p. 104, che ritiene necessaria anche in questa ipotesi la prestazione della garanzia fideiussoria sia in quanto l'esclusione non si evince dalla lettera della legge sia perché della predetta garanzia non beneficerebbe l'acquirente ma esclusivamente la banca.

(24) Astrattamente è configurabile anche l'*accollo di quota del mutuo contratto dal costruttore contenuto nel contratto definitivo di compravendita avente ad oggetto un «immobile da costruire»*, anche se, in pratica, la fattispecie presenta minor interesse per il problema di cui si sta trattando.

Infatti, nel caso di contratto definitivo di compravendita il *frazionamento dell'ipoteca deve necessariamente precedere la stipula del contratto*, come dispone inderogabilmente l'art. 8, D.Lgs. n. 122 del 2005, a differenza del contratto preliminare di compravendita, dove il frazionamento dell'ipoteca può essere anche successivo. Per poter realizzare il frazionamento dell'ipoteca la costruzione deve avere raggiunto uno stadio tale da permettere l'accatastamento delle singole porzioni che lo costituiscono (cfr. art. 6, D.Lgs. n. 385 del 1993). Pertanto, se il bene può considerarsi già venuto ad esistenza e si verifica l'acquisto della proprietà da parte dell'acquirente, ai sensi dell'art. 1472 c.c., cessa l'efficacia della fideiussione.

Si tratta di un accollo esterno perfezionato al momento del contratto preliminare di vendita dell'immobile da costruire (25).

In questa fattispecie anche la dottrina che sostiene la tesi più rigorosa esclude l'obbligo di prestare la garanzia fideiussoria. Infatti, il promissario acquirente accollante può opporre al creditore le eccezioni fondate sul contratto con il quale l'accollo si è perfezionato (art. 1273, comma 1 c.c.). Il che significa che — nell'ipotesi in cui il sopravvenire di una situazione di crisi del costruttore legittimi il promissario acquirente a chiedere ed ottenere la risoluzione del contratto preliminare di compravendita — l'accollo di mutuo seguirà le sorti del contratto principale (e quindi, tra l'altro, il promissario acquirente potrà ripetere dal soggetto mutuante le rate di mutuo eventualmente pagate indebitamente) (26).

In questa fattispecie sembra che effettivamente la funzione dell'istituto bancario di valutazione preventiva della sicurezza dell'operazione valga a riequilibrare quell'asimmetria informativa che è alla base della disciplina di tutela apprestata dal decreto n. 122. Si tratterà di vedere se la prassi operativa degli istituti bancari intenderà assumere questo rischio d'impresa.

L'accollo da parte del promissario acquirente di una quota del mutuo fondiario contratto dal costruttore a garanzia dell'intervento edilizio è un istituto già presente nel nostro ordinamento, essendo previsto dall'art. 2825-*bis* c.c., anche se con specifico riferimento al contratto preliminare trascritto.

Il citato art. 2825-*bis* c.c., con l'intento di privilegiare l'ipoteca fondiaria, stabilisce che la stessa ipoteca prevale sulla trascrizione anteriore dei contratti preliminari di cui all'art. 2645-*bis*, limitatamente alla quota di debito derivante dal suddetto finanziamento che il promissario acquirente si sia accollata con il contratto preliminare o con altro atto successivo. Se l'accollo risulta da atto successivo, questo è annotato in margine alla trascrizione del contratto preliminare.

Tale norma rappresenta una sorta di anticipazione della estensione al promissario acquirente del diritto di ottenere la suddivisione in quote del

(25) Con riferimento all'accollo da parte del promissario acquirente di quota del mutuo fondiario contratto a garanzia dell'intervento edilizio, disciplinato dall'art. 2825-*bis* c.c., si afferma in dottrina che la specifica previsione legislativa vale ad attribuire rilevanza esterna, e cioè nei confronti del creditore che, in forza di legge, è obbligato a riconoscere questa rilevanza: però, in mancanza di specifico accordo o dichiarazione in questo senso, l'accollo non potrà essere liberatorio (cfr. A. RAVAZZONI, *Le ipoteche, Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2006, p. 678).

(26) Cfr. G. PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire*, cit., pp. 105 e 106; A. PAOLINI e A. RUOTOLO, *op. cit.*

finanziamento ed il frazionamento dell'ipoteca operata dall'art. 7 del decreto n. 122 di cui si dirà appresso. Si è addirittura sostenuto che, in tal caso, si realizza una sorta di frazionamento «automatico» dell'ipoteca fondiaria, considerato che la banca potrà opporre l'ipoteca stessa solo nei limiti della quota accollata (27).

5.1. *La suddivisione del finanziamento in quote ed il frazionamento dell'ipoteca.*

L'ultima fattispecie esaminata, cioè il caso del finanziamento contratto direttamente dal costruttore con garanzia ipotecaria sull'area nuda o sul fabbricato in costruzione ed accollo del mutuo da parte del promissario acquirente, è agevolata dal *diritto soggettivo autonomo* (28) *espressamente attribuito allo stesso promissario acquirente* (29) *di ottenere, anche senza la collaborazione del mutuatario promittente venditore, la suddivisione del finanziamento in quote e, correlativamente, il frazionamento dell'ipoteca, a condizione che si tratti di mutuo fondiario* (30) e possa ottenersi l'accatastamento delle singole porzioni che costituiscono l'edificio in corso di costruzione (cfr. art. 39, comma 6, D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385 modificato dall'art. 7 del decreto n. 122).

Il frazionamento in quote richiesto dal promissario acquirente può

(27) FILOGRANO, *Il credito fondiario. Disciplina e funzione negoziale*, Padova, 2000, p. 128.

(28) Trattasi di diritto che non può essere escluso o limitato da clausole contrattuali, anzitutto perché in tal modo verrebbe vanificato l'intervento del legislatore, chiaramente rivolto a rafforzare la tutela del debitore adempiente e, d'altra parte, perché tale tutela è offerta anche al terzo acquirente del bene ipotecato, rispetto al quale sarebbe inconcepibile qualsiasi forma di rinuncia o compressione del diritto, stante la sua estraneità all'originario contratto di finanziamento (cfr. Banca d'Italia, Comunicazione del febbraio 1994, in *Bollettino di Vigilanza*, n. 2, 1994, p. 62, in riferimento alla precedente formulazione dell'art. 39, comma 6, D.Lgs. n. 385 del 1993).

(29) L'art. 39, comma 6, D.Lgs. n. 385 del 1993, modificato dall'art. 7, D.Lgs. n. 122 del 2005, attribuisce il diritto soggettivo alla suddivisione del finanziamento in quote ed al correlativo frazionamento dell'ipoteca *al debitore, al terzo acquirente, al promissario acquirente e all'assegnatario del bene ipotecato o di parte di esso*; quanto agli ultimi tre soggetti, tale diritto è limitato alla porzione immobiliare da essi acquistata o promessa in acquisto o in assegnazione.

(30) È stato rilevato che, pur nel mutamento terminologico tra le precedenti fonti normative (D.P.R. n. 7 del 1976; L. n. 175 del 1191) che facevano riferimento al frazionamento del «mutuo», e l'attuale art. 39, D.Lgs. n. 385 del 1993, che menziona più genericamente il «finanziamento», appare difficile configurare il frazionamento di contratti come quello di apertura di credito in conto corrente, e d'altra parte gli stessi artt. 6-ter e 6-quater dell'art. 39 menzionano specificamente il mutuo (cfr. P.L. FAUSTI, *La modifica dell'art. 39 t.u.b. introdotta dal disegno di legge in attuazione della L. 2 agosto 2004, n. 210. Gli artt. 6 e 7 dello schema di decreto legislativo*, in *Atti del convegno Paradigma*, Milano 14 aprile 2005, p. 5).

essere parziale, cioè limitato alla porzione immobiliare oggetto del preliminare di compravendita (31). Ove, invece, si intendesse procedere all'accatastamento dell'intero complesso immobiliare, la dichiarazione di nuova costruzione dovrebbe essere presentata dal costruttore.

In base alla nuova disciplina la banca deve provvedere alla suddivisione del finanziamento in quote e, correlativamente, al frazionamento dell'ipoteca *entro il termine di novanta giorni* dalla data di ricevimento della relativa richiesta corredata da documentazione idonea a comprovare l'identità del richiedente, la data certa del titolo (32) e l'accatastamento delle singole porzioni per le quali è richiesta la suddivisione del finanziamento. Il termine è aumentato a *centoventi giorni* se la richiesta riguarda un finanziamento da suddividersi in più di cinquanta quote (cfr. art. 6-bis, D.Lgs. n. 385 del 1995).

Qualora la banca non provveda entro i termini indicati, il richiedente può presentare ricorso al presidente del tribunale nella cui circoscrizione è situato l'immobile; il presidente del tribunale, sentite le parti, ove accolga il ricorso, designa un notaio che, anche avvalendosi di ausiliari, redige un atto pubblico di frazionamento sottoscritto esclusivamente dallo stesso (cfr. art. 6-ter, D.Lgs. n. 385 del 1993).

Va sottolineato come due siano le operazioni da compiere: suddivisione del mutuo e conseguente frazionamento dell'ipoteca.

La suddivisione del mutuo comporta una modifica del rapporto contrattuale che ha indiscutibilmente natura contrattuale, anche qualora il debitore si limiti a recepire la determinazione della banca stessa (33).

Viceversa, il frazionamento dell'ipoteca è generalmente inteso come atto unilaterale del creditore, per l'esecuzione del quale non gli occorre alcuna adesione del debitore (34).

Secondo l'impostazione tradizionale, accettando il frazionamento, la banca rinuncia all'indivisibilità dell'ipoteca. Si è osservato in dottrina come, in realtà, il legislatore nell'attribuire a soggetti diversi dalla banca il diritto di ottenere il frazionamento dell'ipoteca, pone già un limite al principio dell'indivisibilità dell'ipoteca stessa (35).

(31) In caso di frazionamento parziale, si ritiene che nella domanda di annotamento debbano essere indicati unicamente gli estremi catastali dell'unità oggetto di frazionamento parziale, identificando invece il resto del complesso edilizio in via residuale e con i soli dati catastali del terreno su cui lo stesso insiste (cfr. G. PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire*, cit., p. 277).

(32) Pertanto, il diritto alla suddivisione del finanziamento in quote ed al frazionamento dell'ipoteca non spetta ove il contratto preliminare non sia stato registrato.

(33) Cfr. A. RAVAZZONI, *op. cit.*, p. 676.

(34) Cfr. A. RAVAZZONI, *op. cit.*, p. 676.

(35) Cfr. A. RAVAZZONI, *op. cit.*, p. 677.

Secondo autorevole dottrina, è preferibile attribuire anche al frazionamento dell'ipoteca natura di *negozio bilaterale*, poiché l'acquirente ed il promissario acquirente hanno un vero e proprio diritto soggettivo al frazionamento dell'ipoteca, che implica il diritto di controllare la necessaria proporzionalità del valore degli immobili rispetto ai lotti formati con il frazionamento (36).

Non è invece necessario, ove si tratti di *frazionamento parziale* richiesto dal promissario acquirente, che il mutuatario promittente-venditore presti il proprio consenso al frazionamento (37).

Quando, però, il frazionamento non è parziale e comunque coinvolge anche le posizioni di altri soggetti (*mutuatario venditore o promittente venditore quale proprietario di altre unità immobiliari; altri terzi acquirenti di ulteriori porzioni immobiliari*), se si accoglie la tesi più rigorosa in ordine alla natura e struttura del negozio di frazionamento, occorre che di quest'ultimo siano parte tutti i soggetti interessati (38).

Del tutto peculiare è l'ipotesi in cui il notaio proceda, su designazione del presidente del tribunale, al frazionamento dell'ipoteca con atto senza parti, sottoscritto esclusivamente dallo stesso.

In tal caso il notaio riveste un ruolo simile a quello dell'arbitratore e, come tale, è tenuto ad una rigorosa obiettività nella valutazione dei parametri del frazionamento (39). Inoltre, mancando un diverso accordo tra le parti, la durata dell'ammortamento è pari a quella originariamente fissata nel contratto di mutuo e l'ammortamento stesso è regolato al tasso di interesse determinato in base ai criteri di individuazione per il periodo di preammortamento immediatamente precedente (cfr. art. 6-*quater*, D.Lgs. n. 385 del 1993).

6. Come «concludere l'affare» in caso di temporanea indisponibilità della fideiussione.

In particolare nei primi tempi di applicazione del decreto n. 122, può accadere che il costruttore si trovi a dover «concludere l'affare» senza avere ancora la materiale disponibilità della garanzia fideiussoria. Ci si è chiesti in dottrina se sia possibile concludere un contratto preliminare sottoposto

(36) Cfr. P.L. FAUSTI, *op. cit.*, p. 2 ss.

(37) Cfr. DOLMETTA, *Le modifiche alla disciplina del frazionamento di ipoteca nello schema di D.Lgs. 18 febbraio 2005, predisposto per attuare la L.D. n. 210 del 2004*, in *Atti del Convegno Paradigma*, Milano 14 aprile 2005, p. 11.

(38) Cfr. G. PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire*, cit., p. 287.

(39) Cfr. G. PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire*, cit., p. 286.

alla condizione sospensiva della consegna all'acquirente della fideiussione. Gli effetti del contratto rimarrebbero sospesi fino al verificarsi di tale condizione sospensiva e, di fatto, il promissario acquirente non correrebbe alcun rischio.

Com'è noto, è dubbia la possibilità di dedurre in condizione — che, per sua natura, è un elemento accidentale, e quindi estraneo alla struttura tipica del negozio — un elemento che appartiene alla fattispecie normativa di validità del contratto.

È quindi preferibile utilizzare un diverso strumento contrattuale, che si inserisca nella fase preparatoria di formazione del contratto, quale ad esempio *una proposta irrevocabile di contratto preliminare*. La proposta irrevocabile, che proviene dal promissario acquirente, ed è rivolta al costruttore, dovrà contenere — oltre a tutti gli elementi richiesti dall'art. 6 del decreto, ad eccezione degli estremi della fideiussione — il termine entro il quale rimane ferma ed irrevocabile la proposta (40) e l'impegno del proponente a sottoscrivere il contratto preliminare dietro richiesta del costruttore e consegna della fideiussione. Pertanto il costruttore, quale soggetto in possesso di tutte le informazioni richieste dall'art. 6 del decreto, nonché degli allegati obbligatori, predisporrà degli appositi *schemi di proposta irrevocabile da sottoporre ai potenziali acquirenti*.

Una volta in possesso della fideiussione, le parti si incontreranno di nuovo per la conclusione del contratto preliminare di compravendita che sarà in tutto conforme alle previsioni del decreto n. 122.

7. *Casi particolari.*

È stato giustamente osservato che la disciplina della fideiussione nel decreto n. 122 presenta tali imprecisioni tecniche e ambiguità interpretative da addossare al costruttore il rischio che, in caso di controversia con l'acquirente, una diversa interpretazione accolta dall'autorità giudiziaria (o arbitrale) possa portare alla nullità relativa del contratto. Inoltre è possibile che il promissario acquirente, con la semplice minaccia di azioni giudiziarie, possa mettere il costruttore in una posizione di inferiorità nell'esecuzione del contratto, costringendolo a subire pressioni dell'acquirente o del promissario acquirente che cerchi di spuntare vantaggi economici come, ad

(40) Si tenga presente che, qualora il termine manchi, la proposta deve considerarsi pura e semplice e pertanto essa è revocabile, a norma dell'art. 1528, comma 1 c.c., finché il contratto non sia concluso.

esempio, la richiesta di opere *extra* capitolato, personalizzazioni dell'immobile, maggiori rifiniture (41).

Esamineremo di seguito alcune soluzioni che, sfruttando alcune «smagliature» del decreto n. 122, sembrano consentire al costruttore di evitare la consegna della garanzia fideiussoria, nel formale rispetto della legge.

7.1. *La rinuncia del costruttore a ricevere acconti prima del trasferimento della proprietà e la «tutela del costruttore».*

Non è difficile immaginare che il costruttore con grande solidità finanziaria, che non ha necessità di acconti per finanziare l'iniziativa economica, ritenga più conveniente rinunciare a percepire acconti sul prezzo prima del trasferimento della proprietà, in tal modo sottraendosi certamente all'obbligo di procurare il rilascio e consegnare all'acquirente la fediussione di cui agli artt. 2 e 3 del decreto, fermo restando la necessità di rispettare gli artt. 4 (Assicurazione dell'immobile) e 6 (Contenuto del contratto preliminare) del decreto.

È evidente che, in tal caso, in mancanza di una caparra confirmatoria — che ha la funzione di rafforzare il diritto del creditore al risarcimento e determinare preventivamente l'ammontare dei danni conseguenti all'inadempimento (42) — si pone per il costruttore il problema di tutelarsi contro comportamenti scorretti dell'acquirente.

Due sembrano essere le possibili soluzioni.

La prima è una *garanzia fideiussoria volontaria che il promissario acquirente si procura e consegna al promittente venditore a garanzia dell'obbligazione assunta di concludere il contratto definitivo*. Le principali controindicazioni di questa soluzione sono, da una parte, il costo della fediussione e, dall'altra, la presumibile difficoltà di chi non è ancora in grado di fornire garanzie immobiliari di avere accesso a questa forma di credito.

La seconda soluzione praticabile è il *deposito degli acconti presso il notaio incaricato della stipula del contratto definitivo*, in considerazione della sua posizione di assoluta terzietà, indipendenza ed autorevolezza. Si può anzi ipotizzare che ci potrà essere un discreto interesse di tutti i

(41) Cfr. F. TASSINARI, *Prospettive e difficoltà ai fini dell'utilizzazione del deposito del prezzo presso notaio in attesa del contratto definitivo*, in *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazioni del D.Lgs. n. 122 del 2005 e prospettive*, Atti del Convegno organizzato dalla Fondazione Italiana per il Notariato tenutosi a Roma il 20-21 gennaio 2006, p. 159; LUMINOSO, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, Appendice a *La compravendita*, 4^a ed., Torino, 2005, p. 17.

(42) A. MARINI, voce *Caparra*. I) *Diritto civile*, in *Enc. gur. Treccani*, Roma, 1988, vol. V, p. 2.

soggetti coinvolti verso questa soluzione che consente, da una parte, il risparmio dei costi della fideiussione, e, dall'altra, la garanzia della funzione notarile.

La dottrina che ha esaminato questa soluzione ha messo in luce i rischi che essa comporta, rischi che vanno attentamente valutati.

Il deposito, anche se formale, cioè annotato nel registro delle somme e valori, di cui all'art. 6 della L. 12 gennaio 1934, n. 64, non offre adeguate garanzie alle parti depositarie e beneficiarie per il caso di morte del notaio o di sua cessazione per altra causa dall'esercizio delle funzioni, così come non offre, a prescindere dai risvolti penali, garanzie diverse da quelle proprie del diritto comune per il caso di inadempimento del notaio depositario ai propri obblighi (43).

D'altra parte, l'operazione presenta particolari responsabilità anche per il notaio.

Trattandosi di un deposito di una somma, che può essere anche ingente, per un periodo di tempo di regola non breve, sorge la necessità di provvedere, nell'interesse della parte che al termine del deposito beneficerà del versamento da parte del notaio, ad un adeguato investimento della somma (44).

Il problema più rilevante sarà quello di individuare — nelle fattispecie che non terminino fisiologicamente con il completamento del bene e con la stipula del contratto di trasferimento della proprietà — il soggetto legittimato a ricevere la somma: il costruttore, beneficiario del deposito, oppure l'acquirente depositante. È stato osservato che «il depositario potrà trovarsi di fronte ad una controversia che lo investe, stante un diverso apprezzamento di terzo beneficiario e depositante in merito all'evento che comporterebbe obbligo del depositario di consegnare la somma all'uno o all'altro soggetto... La «tranquillità» del depositario dovrà riposare, esclusivamente, sull'accuratezza e completezza delle clausole contrattuali introdotte preventivamente nello stesso contratto di deposito in garanzia» (45).

7.2. *La rinuncia dell'acquirente alla fideiussione.*

Pensiamo all'ipotesi in cui l'acquirente persona fisica, trovandosi a contrattare con un'impresa particolarmente avviata e di nota solidità economica voglia rinunciare spontaneamente alla polizza fideiussoria, che ritiene nel caso specifico, a ragion veduta, un costo assolutamente inutile.

(43) F. TASSINARI, *op. cit.*, p. 165.

(44) Cfr. F. TASSINARI, *op. cit.*, p. 168 ss.

(45) F. TASSINARI, *op. cit.*, p. 169.

Secondo le prime interpretazioni, pressoché univoche in dottrina, «va rilevato come una rinuncia preventiva [alla garanzia fideiussoria] (risultante da una dichiarazione anteriore al contratto o inserita nello stesso) presenti ampi margini di opinabilità» (46).

Autorevole dottrina ha però evidenziato che la normativa di tutela «è assistita da un rimedio, quale la nullità relativa, che il compratore è libero di attivare o non attivare. Dato che la fideiussione ha un costo, se il compratore è disposto a correre il rischio può risparmiare il costo della fideiussione, rinunciando — di fatto — a pretenderla» (47).

In tal caso, il costruttore è esposto, oltre che al rischio *dell'azione diretta a far pronunciare la nullità relativa del contratto con il conseguente obbligo da parte sua della restituzione delle somme incassate e degli interessi, anche al rischio di subire l'azione di adempimento con l'obbligo di rinegoziare il contratto lacunoso per adeguarlo alle prescrizioni normative* (48). *In sostanza, si trova esposto ad un rischio di «ricatto» da parte dell'acquirente il quale può in qualunque momento — fino alla stipula del contratto definitivo — minacciare di far valere le azioni previste dall'ordinamento a suo favore al solo scopo di ottenere ingiustificati benefici economici (sconto sul prezzo, maggiori rifiniture o personalizzazioni, ecc.).*

Si ritiene invece possibile la rinuncia all'azione diretta a far valere la nullità relativa una volta che l'immobile sia stato ultimato e consegnato. Anzi è stato ipotizzato che, in tal caso, l'invalidità possa considerarsi automaticamente «sanata», così come nel caso in cui il costruttore abbia presentato una fideiussione «in sanatoria», rispondente ai requisiti di legge, ossia successivamente alla stipula dell'atto invalido (49). Una volta avvenuto il trasferimento della proprietà dell'immobile ultimato, ed in assenza di una situazione di crisi, la nullità non potrebbe essere più dichiarata.

7.3. *L'acquirente persona fisica che agisce nell'esercizio d'impresa.*

Pensiamo ancora all'ipotesi, tutt'altro che infrequente nella prassi, in

(46) A. PAOLINI e A. RUOTOLO, *op. cit.* Si osservi però che il decreto n. 122 non contiene una norma analoga all'art. 78 del codice del consumo, approvato con il D.Lgs. n. 206 del 2005, in base al quale, in tema di multiproprietà, sono nulle le clausole contrattuali o i patti aggiunti di rinuncia dell'acquirente ai diritti allo stesso riconosciuti.

(47) DE NOVA, *La garanzia fideiussoria del costruttore all'acquirente per la restituzione*, in *Il trasferimento di immobili da costruire*, Atti del Convegno organizzato da Paradigma tenutosi a Milano il 14 aprile 2005.

(48) Cfr. F. MACARIO, *op. cit.*, p. 125 ss.

(49) Cfr. F. MACARIO, *op. cit.*, p. 126 ss.; A. PAOLINI e A. RUOTOLO, *op. cit.*

cui il venditore prometta di vendere un immobile da costruire ad *un altro imprenditore appartenente allo stesso gruppo economico*.

Il decreto n. 122 nell'art. 1 (definizioni), comma 1, lett. *a*), definisce «acquirente» «la persona fisica che sia promissaria acquirente o che acquisti un immobile da costruire, ovvero che abbia stipulato ogni altro contratto, compreso quello di *leasing*, che abbia o possa avere per effetto l'acquisto o comunque il trasferimento non immediato, a sé o ad un proprio parente in primo grado, della proprietà o della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire...».

Balza subito agli occhi che il legislatore non ha aggiunto alla parola «persona fisica» la specificazione tipica della legislazione a tutela del consumatore «che non agisca nell'ambito della sua attività professionale o imprenditoriale eventualmente svolta» (cfr. *ex multis* art. 1469-*bis* e 1519-*bis* c.c.).

Secondo una prima interpretazione, dovrebbero essere ammessi a godere della tutela offerta dalla legge anche i professionisti e gli imprenditori che contrattano nell'esercizio della propria attività. Una conferma di questa tesi si avrebbe con il riferimento nell'art. 1, comma 1, lett. *a*), al contratto di *leasing*, tipicamente utilizzato in ambito imprenditoriale (50). Inoltre, si è precisato che l'intento del legislatore sarebbe quello di tutelare il «contraente debole» a prescindere dalla sua qualifica di «consumatore» (51).

Quella appena esposta non è però l'unica lettura possibile della norma. Si è proposta una lettura parzialmente correttiva della disposizione in esame: sulla base del criterio direttivo che impone una tutela (non assoluta ma) equa e adeguata dei diritti dell'acquirente, si potrebbe ritenere che, poiché il costruttore è essenzialmente individuato come un imprenditore, il legislatore delegante, con la locuzione persona fisica, abbia inteso riferirsi esclusivamente a quei soggetti che non sono imprenditori o che comunque non agiscono in tale veste in sede di conclusione del contratto (52). È stato sottolineato inoltre come nell'art. 1, comma 1, lett. *a*) del decreto «il riferimento sia operato alla «persona fisica che pone in essere un contratto

(50) In tal senso G. PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire*, cit., p. 41.

(51) Cfr. G. PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire*, cit., p. 45 e 46 dove osserva come le norme dettate in materia di protezione dei consumatori svolgerebbero una funzione di natura essenzialmente informativa e probatoria mentre nel decreto in esame emerge l'esigenza di tutela dell'acquirente in ragione della rischiosità della propria operazione, nella quale si versano in anticipo accenti il cui recupero potrebbe essere reso molto difficile da una successiva insolvenza dell'imprenditore.

(52) COSTOLA, *Verso nuove forme di tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Studium iuris*, 1004, p. 1495.

che abbia... per effetto... il trasferimento non immediato a sé o ad un parente di primo grado della proprietà...». Tale riferimento potrebbe rappresentare un ulteriore argomento a favore della tesi che individua «l'acquirente» come persona fisica che agisce per scopi estranei alla propria attività professionale o imprenditoriale, in ragione dell'elemento di potenziale destinazione a terzi (parenti di primo grado) che emerge dalla norma, verosimilmente inidoneo ad essere collocato in un contesto imprenditoriale» (53).

7.4. Soluzioni potenzialmente «elusive».

Non è difficile immaginare che in casi simili a quelli appena prospettati la prassi — in presenza di un accordo serio delle parti in posizione di parità contrattuale — si orienterà verso soluzioni che escludano l'obbligo della garanzia fideiussoria nel formale rispetto della lettera della legge, *per la mancanza nella fattispecie di un presupposto soggettivo: acquirente persona fisica oppure contrattuale: trasferimento non immediato della proprietà o altro diritto reale.*

7.4.1. Il contratto per sé o per persona da nominare e la cessione del contratto.

Si può pensare ai seguenti casi in cui formalmente difetterebbe il presupposto soggettivo in capo al promissario acquirente.

Il costruttore stipula con una società «di comodo» un preliminare per persona da nominare e successivamente la società *nomina il contraente «finale» persona fisica* il quale «acquista i diritti e assume gli obblighi derivanti dal contratto con effetto dal momento in cui questo fu stipulato» (art. 1404 c.c.) (54).

(53) A. PAOLINI e A. RUOTOLO, *op. cit.*

(54) Cfr. A. BUSANI, *op. cit.*, p. 53 ss e nota 24. Si tenga presente però che l'art. 1, comma 1, lett. a), fa riferimento alla persona fisica che sia promissaria acquirente... ovvero che abbia stipulato ogni altro contratto... che... possa avere per effetto l'acquisto o comunque il trasferimento non immediato, a sé o ad un proprio parente in primo grado, della proprietà o della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire. Sulla base di una lettura rigorosa della norma citata si potrebbe ritenere che il legislatore abbia ristretto l'applicabilità della disciplina di protezione solo a questa ipotesi di nomina da parte dello *stipulans*, anche in considerazione della sua diffusione nella prassi contrattuale e della meritevolezza degli interessi perseguiti. Prevale in dottrina l'interpretazione estensiva che considera quella indicata dal legislatore solo una ipotesi, meramente esemplificativa, di utilizzo, nell'ambito della disciplina del decreto n. 122, del contratto per persona da nominare. Si potrebbe anche leggere il riferimento al *trasferimento non immediato, a sé o ad*

Un'altra modalità per eludere la disciplina di tutela, per la mancanza del presupposto soggettivo, può essere la *cessione del contratto concluso in veste di acquirente o promissaria acquirente dalla società «di comodo», la quale cede la sua posizione contrattuale al privato acquirente.*

In entrambe le ipotesi il contratto è nato, nel formale rispetto della legge, al di fuori dell'ambito di applicazione della normativa di tutela, pertanto non ha rispettato le prescrizioni dell'art. 6 in tema di contenuto del contratto e la fideiussione non è stata prestata.

Non sembra possibile adeguarsi tardivamente, cioè successivamente alla *electio amici* o alla cessione del contratto, alle prescrizioni del decreto n. 122, considerando che *il costruttore è estraneo alla successiva vicenda di nomina o alla cessione del contratto*, qualora abbia preventivamente acconsentito alla cessione del contratto (art. 1407 c.c.).

È evidente che simili costruzioni contrattuali potrebbero subire la sanzione della nullità se ne fosse dimostrato l'intento di frode alla legge.

7.4.2. *La vendita dell'immobile al «rustico» e successivo appalto per le finiture.*

Com'è noto sulla scorta dell'art. 2645-bis c.c. e dell'art. 31, L. 28 febbraio 1985, n. 47, «si può definire «al rustico» il fabbricato per il quale, da un lato, siano già state realizzate le strutture edilizie esterne, compresa la copertura, tali da delimitare uno spazio di volume definito, nonché le strutture interne che ripartiscono detto volume, comprese le tamponature delle singole unità, dall'altro non siano ancora stati iniziati e/o completati gli impianti e gli interventi di rifinitura, per cui il fabbricato, pur essendo individuabile nel suo «volume esterno» non è ancora funzionale all'uso cui è destinato» (55).

Il costruttore stipula con il privato un contratto di compravendita che trasferisce allo stesso la proprietà dell'immobile «al rustico» e successivamente l'acquirente conclude un contratto d'appalto (non necessariamente

un proprio parente in primo grado, non specificamente rivolto al contratto per persona da nominare ma, più genericamente, alle *diverse modalità utilizzate nella prassi per l'intestazione dell'immobile in favore dello stretto congiunto a mezzo di una donazione indiretta*: ad esempio, con pagamento del prezzo da parte del «donante», con un contratto a favore di terzo, con la cessione del contratto preliminare.

(55) G. Rizzi, *Il collegamento negoziale tra vendita ed appalto e D.Lgs. n. 122 del 2005*, in *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazioni del D.Lgs. n. 122 del 2005 e prospettive*, Atti del Convegno organizzato dalla Fondazione Italiana per il Notariato tenutosi a Roma il 20-21 gennaio 2006, p. 159.

collegato) per la realizzazione degli impianti e delle finiture, cioè per l'ultimazione del fabbricato.

Il contratto di compravendita è idoneo al trasferimento della proprietà in quanto l'immobile è già venuto ad esistenza (cfr. art. 1472 c.c.) (56), e dunque non si tratta di un contratto ad effetti reali differiti. Pertanto non c'è l'obbligo di consegna della garanzia fideiussoria in quanto manca il c.d. presupposto contrattuale, cioè *un contratto che abbia come finalità il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento*.

Al contratto di appalto non si applica la disciplina di cui all'art. 2 del decreto n. 122 in quanto le opere di completamento dovranno essere eseguite dall'appaltatore su di un bene di proprietà del committente, con conseguente acquisizione automatica delle stesse per accessione (57).

Non si può fare a meno di notare come questa impostazione possa portare a comportamenti «elusivi» con cui il costruttore impone una «rottura» dell'unitario contratto di vendita con effetti differiti di immobile da costruire in due figure autonome ma collegate di vendita «al rustico» e appalto. *D'altra parte, è indubbio che la descritta fattispecie può essere idonea in concreto a perseguire interessi meritevoli di tutela in quanto consente all'acquirente di esaurire i propri rapporti col costruttore al completamento della struttura edilizia, riducendo il rischio di incorrere in una situazione di crisi del venditore (58), nonché di curare personalmente l'esecuzione degli impianti e delle finiture ricorrendo ad operatori di propria fiducia (59).*

(56) È stato acutamente osservato che «non vi è coincidenza tra il momento in cui il fabbricato può dirsi ultimato ai fini della nuova disciplina di tutela di cui al D.Lgs. n. 122 del 2005, e quello in cui il fabbricato può considerarsi ultimato o comunque venuto ad esistenza al fine di determinare il momento dell'effetto traslativo nella fattispecie di cui all'art. 1472 c.c. ... E questo è proprio il caso del fabbricato "al rustico"... [che] da un lato deve qualificarsi come "immobile da costruire" secondo la definizione fornita dall'art. 1 lett. d), D.Lgs. n. 122 del 2005, dall'altro, deve, peraltro, considerarsi già venuto ad esistenza ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1472 c.c.» (G. Rizzi, *Il collegamento negoziale*, cit., p. 16).

(57) G. Rizzi, *Il collegamento negoziale*, cit., p. 17 ss.

(58) Si consideri che, in base alla disciplina dell'art. 72-bis della legge fallimentare, introdotto dall'art. 11, D.Lgs. n. 122 del 2005 e modificato per effetto della riforma del diritto fallimentare approvata dalla legge 14 maggio 2005, n. 80 e dal D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, in caso di fallimento del venditore l'acquirente (i) può *escutere la fideiussione*, e in tal caso rischia di subire comunque un danno economico pari all'incremento di valore del mercato immobiliare, oppure (ii) *rischia di dover attendere il completamento dell'immobile su impulso della curatela fallimentare* se non abbia escusso la fideiussione prima di ricevere la comunicazione del curatore di voler dare esecuzione al contratto. Esiste, dunque, un meccanismo di priorità temporale che può perfino impedire l'utilizzo della fideiussione da parte dell'acquirente.

(59) Cfr. G. Rizzi, *Il collegamento negoziale*, cit., p. 13 ss.

Al fine di valutare la meritevolezza in concreto degli interessi perseguiti dalle parti, potrebbero essere di fondamentale importanza alcuni indici contrattuali come ad esempio: (i) la stipula del contratto d'appalto con il costruttore-venditore oppure con altra impresa di fiducia dell'acquirente; (ii) il pagamento del corrispettivo dell'appalto in via anticipata al momento della stipula del contratto oppure quando le opere siano state accettate dal committente (art. 1665, ult. comma c.c.), anche eventualmente a «stati di avanzamento lavori».

Non va trascurato, infatti, il rischio di riqualificazione, in caso di successiva controversia, della fattispecie come una vendita unitaria di edificio da costruire, rientrante a pieno titolo nella disciplina del decreto n. 122, e quindi sanzionata con la nullità relativa ai sensi dell'art. 2 del decreto (60). Si consideri che la formulazione dell'art. 2, comma 1, che delimita l'ambito contrattuale per la prestazione della garanzia fideiussoria, fa riferimento ad un contratto che abbia come finalità il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento su di un immobile da costruire o di un atto avente le medesime finalità. *La norma sembra dare rilevanza giuridica alle finalità perseguite dalle parti con il contratto e rende probabilmente più agevole una riqualificazione da parte dell'autorità giudiziaria di una fattispecie contrattuale come trasferimento non immediato di immobile da costruire, senza necessità di ricorrere alla frode alla legge.*

È certamente al di fuori dell'ambito di applicazione del decreto n. 122 la promessa di vendita o la vendita dell'immobile dedotto in contratto in una dimensione c.d. «statica», cioè nello stato in cui si trova al momento del contratto, senza che sia previsto alcun obbligo per il costruttore di completamento delle opere (61). Mancando un'obbligazione di completamento del costruttore viene meno la stessa ragione di tutela dell'acquirente, il quale dimostra, con quel regolamento negoziale, di aver perseguito il proprio interesse.

(60) Cfr. G. BARALIS, *Considerazioni sparse sulla bozza di decreto delegato conseguente alla L. n. 210 del 2004*, in questa *Rivista*, 2005, p. 756, ove mette in evidenza che i negozi collegati, quando esprimono uno scambio indice di una unitaria operazione economica, hanno, secondo una diffusa opinione, il trattamento tipico del negozio unitario.

(61) Cfr. G. RIZZI, *D.Lgs. n. 122 del 2005: La garanzia fideiussoria ed i presupposti di applicazione della nuova normativa*, Studio n. 5815/C approvato dalla Commissione studi civilistici del CNN il 25 luglio 2005, in *Studi e Materiali*, 2/2005, p. 1044 ss.

8. *La commerciabilità dell'immobile da costruire prima della richiesta del permesso di costruire.*

In base all'art. 1, comma 1, lett. d), del decreto n. 122 per immobili da costruire devono intendersi gli immobili per i quali sia stato richiesto il permesso di costruire e che siano ancora da edificare o la cui costruzione non risulti essere stata ultimata versando in stadio tale da non consentire ancora il rilascio del certificato di agibilità.

Dispone l'art. 6 del decreto n. 122 che il contratto preliminare ed ogni altro contratto che ai sensi dell'art. 2 sia comunque diretto al successivo acquisto in capo ad una persona fisica della proprietà o di altro diritto reale su un immobile oggetto del presente decreto devono contenere: ... i) *gli estremi del permesso di costruire o della sua richiesta se non ancora rilasciato, nonché di ogni altro titolo, denuncia o provvedimento abilitativi alla costruzione.*

Agli stessi contratti devono essere allegati: ... b) gli elaborati del progetto in base al quale è stato richiesto o rilasciato il permesso di costruire o l'ultima variazione al progetto originario, limitatamente alla rappresentazione grafica degli immobili oggetto del contratto, delle relative pertinenze esclusive e delle parti condominiali.

La richiesta del permesso di costruire costituisce il momento fondamentale «di ingresso» dell'operazione dell'ambito di tutela del decreto n. 122; prima di tale momento tale disciplina non trova applicazione.

Si può affermare che è prevista una nuova menzione in atto dei provvedimenti comunali abilitativi della costruzione, previsione che si aggiunge a quella di cui all'art. 46 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380.

In proposito bisogna distinguere tra contratto preliminare e contratto definitivo. Per la valida conclusione del contratto preliminare è sufficiente *la richiesta del permesso di costruire*, mentre per la valida conclusione del contratto definitivo è necessario che il permesso di costruire sia stato rilasciato, prevalendo la disposizione dell'art. 46 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 che disciplina compiutamente la materia (62).

Autorevole dottrina si è chiesta se sia possibile concludere un contratto preliminare o un contratto definitivo avente ad oggetto un immobile da costruire o da completare, in assenza della richiesta del provvedimento abilitativo (63).

(62) Cfr. G. PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da edificare e la richiesta di permesso di costruire*, in questa *Rivista*, 2005, p. 1236 ss.

(63) G. PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da edificare e la richiesta*, cit., p. 1238 ss.

Partendo dalla considerazione che sicuramente la normativa protettiva dell'acquirente non trova applicazione in caso di immobili per i quali non è stato ancora richiesto il permesso di costruire, giunge a ritenere *la conseguente incommerciabilità in assenza di tale richiesta*.

Tale conclusione sarebbe avvalorata dalla *ratio* della nuova disciplina che sarebbe duplice: non solo un'esigenza di tutela dell'acquirente ma soprattutto l'intento di contrastare l'abusivismo edilizio, da cui desume la nullità — non già relativa ma assoluta per illiceità dell'oggetto — del contratto, preliminare o definitivo, riguardante un immobile da costruire, nel caso in cui il relativo permesso non sia stato ancora richiesto.

Inoltre la menzione in contratto preliminare degli estremi relativi al permesso di costruire, o della sua richiesta, assolve anche alla funzione di protezione dell'acquirente mettendolo in condizione di valutare se «il programma edificatorio «nasca» con una patente di regolarità, e soprattutto che la consistenza promessa in vendita corrisponda al progetto depositato presso gli uffici comunali» (64), progetto che, come abbiamo visto, deve essere allegato in copia al contratto.

La menzione degli estremi in oggetto non rappresenterebbe, quindi, un mero requisito formale del contratto ma si tratterebbe di una norma imperativa a tutela dell'acquirente, la cui violazione deve ritenersi determini la nullità relativa del contratto, oltre a rendere improponibile la domanda di esecuzione in forma specifica *ex art. 2932 c.c.*

Tale nullità relativa potrebbe però essere paralizzata dall'*exceptio doli* ogni qualvolta l'acquirente fosse, al momento della conclusione del contratto preliminare, a conoscenza degli estremi del permesso di costruire o della relativa richiesta e del contenuto dei relativi elaborati progettuali (65).

In senso contrario alla tesi sopra esposta, può osservarsi che la figura di nullità virtuale, ai sensi dell'art. 1418, comma 1 c.c., ricorre solamente nei casi di norme che siano dirette alla tutela di un interesse pubblico e generale. Invece gran parte delle menzioni richieste dall'art. 6 del decreto n. 122 sono chiaramente poste a tutela dell'acquirente o promissario acquirente. Di ciò si trova esplicita conferma anche nella *Relazione illustrativa al decreto* ove si afferma che «allo scopo di rendere più trasparente l'operazione negoziale e consentire al promissario acquirente una completa rappresentazione, così da porsi al riparo da possibili pregiudizi conseguenti

(64) G. PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da edificare e la richiesta*, cit., p. 1245 ss.

(65) Cfr. G. PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da edificare e la richiesta*, cit., pp. 1246 e 1247.

ad una stesura approssimativa e lacunosa del testo contrattuale, in attuazione dell'art. 3 lett. *m*) della legge delega, sono stati compiutamente disciplinati i contenuti del contratto ed i relativi allegati» (66). In dottrina è stato precisato in relazione alla menzione degli estremi del permesso di costruire o della sua richiesta, che non si tratta di menzione richiesta a pena di nullità dell'atto, quale strumento volto a sanzionare i c.d. abusi edilizi primari ma di una menzione posta nell'interesse di una delle parti del contratto, ossia della parte promissaria acquirente, a poter disporre di tutti gli elementi necessari per formarsi un'idea esatta del contratto da stipulare (67).

Quanto alla pretesa incommerciabilità degli immobili prima della richiesta del permesso di costruire, è stato rilevato che il legislatore, nel dettare la disciplina in commento, sembra aver voluto operare solo sul piano «privatistico» e che non sembra ravvisabile alcun intento «di contrastare l'abusivismo edilizio». Se questo fosse stato l'intento «primario» del legislatore, allora, per coerenza, avrebbe dovuto richiedere il rilascio del titolo edilizio abitativo e non accontentarsi della sola richiesta (che, per avventura, potrebbe anche non avere alcuna possibilità di accoglimento) (68).

Sarebbe una conclusione incongrua e contraddittoria se si dovesse ammettere che lo stesso immobile da costruire, prima della richiesta del permesso di costruire, fosse incommerciabile se promesso in vendita ad un privato mentre *fosse liberamente commerciabile se promesso in vendita ad una società*.

(66) G. RIZZI, *D.Lgs. n. 122 del 2005: Il contenuto del contratto preliminare*, Studio n. 5814/C approvato dalla Commissione studi civilistici del CNN il 20 luglio 2005, in *Studi e Materiali*, 2/2005, p. 1001.

(67) Cfr. G. RIZZI, *D.Lgs. n. 122 del 2005: Il contenuto del contratto preliminare*, cit., p. 994.

(68) Cfr. G. RIZZI, *D.Lgs. n. 122 del 2005: La garanzia fideiussoria*, cit., p. 1051.

